

ASSEMBLEE GENERALE DES 19 ET 20 NOVEMBRE 2010

COMMISSION LIBERTES ET DROITS DE L'HOMME

LE PROJET DE LOI RELATIF A LA GARDE A VUE

I - L'Assemblée générale du Conseil national des barreaux a déjà examiné les 10 et 25 septembre 2010 l'avant-projet de loi tendant à limiter et encadrer les gardes à vue.

Ce texte a été élaboré pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010¹ déclarant non conforme à la Constitution le régime de la garde à vue de droit commun (articles 62, 63, 63-1 et 63-4 al. 1 à 6 du code de procédure pénale), tout en reportant, comme le lui permet l'article 62 de la Constitution, l'abrogation des articles en cause au 1^{er} juillet 2011 afin de préserver les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Le Conseil constitutionnel considère que le régime juridique de la garde à vue n'apporte pas les garanties constitutionnelles appropriées, notamment en ce qui concerne la protection des droits de la défense (cons. 26-29), en référence à l'article 16 DDHC, le principe de la présomption d'innocence (art. 9 DDHC) et le principe de proportionnalité appliqué aux mesures de coercition (art. 9 DDHC).

Il impose l'assistance effective d'un avocat en garde à vue tout en critiquant le fait que la personne gardée à vue ne se voit pas notifier son droit à garder le silence (cons. 28).

Après avis du Conseil d'Etat, le Conseil des ministres a adopté le 13 octobre 2010 un projet de loi relatif à la garde à vue (n° 2855) déposé le même jour sur le bureau de l'Assemblée nationale².

II - Ce projet de loi, aussitôt déposé, constitue déjà un sujet d'étude pour les historiens du droit. Il doit en effet être totalement modifié pour tenir compte des récentes évolutions jurisprudentielles.

¹ Cons. const. décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-14/22-qpc/decision-n-2010-14-22-qpc-du-30-juillet-2010.48931.html>).

² http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/garde_vue.asp



En premier lieu, **la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision *Brusco contre France* du 14 octobre 2010**, a condamné la France pour violation des règles du procès équitable prévues par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le cas d'une garde à vue d'un témoin effectuée en 1999 sous l'empire d'un dispositif législatif modifié depuis cette période, notamment par la suppression de l'obligation pour les personnes gardées à vue de prêter serment.

La Cour, se référant à sa jurisprudence désormais constante, procède à plusieurs rappels de principe dénués de toute ambiguïté. D'une part, il existe un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence (article 6 § 1 et 3)³. D'autre part, la personne placée en garde à vue « *a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire* »⁴ (point 45). Enfin, l'article 6 de la Convention européenne exige que l'avocat soit mis en mesure d'informer son client de son droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire, et qu'il l'assiste lors de toutes les dépositions (point 54).

En second lieu, **les trois décisions du 19 octobre 2010 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation statuant en formation plénière**⁵, ne laissent aucune place au doute : les règles actuelles de la garde à vue sont contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. Deux affaires portaient sur le régime de la garde à vue applicable en matière d'infraction à la législation sur les stupéfiants, la troisième sur le régime de droit commun de cette mesure coercitive.

Ces trois décisions rappellent que la personne placée en garde à vue a le droit de garder le silence et de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat dans des conditions lui permettant de préparer et d'organiser sa défense ainsi que les interrogatoires auxquels cet avocat doit pouvoir participer, quelle que soit la nature de l'infraction. L'inconventionnalité des régimes dérogatoires est donc relevée.

Dans l'arrêt *Procureur Général près la Cour d'appel d'Agen contre Monsieur Sahraoui*, la Cour de cassation indique, s'agissant d'une garde à vue de droit commun avec entretien avec l'avocat dès le début de la mesure de garde à vue et avant l'interrogatoire, que « *Monsieur Sahraoui a bénéficié de la présence d'un avocat mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer* ».

La Chambre Criminelle sanctionne donc la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans l'arrêt *Tisset*, la Cour, s'agissant d'une affaire d'infractions à la législation sur les stupéfiants, où la garde à vue n'a duré que 65 heures, indique que « *sauf exception justifiée par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce et non à la*

³ CEDH [GC], 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, n° 4378/02, § 92.

⁴ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, Req. n° 36391/02 ; CEDH, 11 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, Req. n° 7377/03 ; CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, Req. n° 54729/00.

⁵ Cass. Crim., 19 octobre 2010, *M. Tisset*, n° T 10-82.902 ; Cass. Crim., 19 octobre 2010, *Procureur général près la Cour d'appel d'Agen c/ M. Sahraoui*, n° V 10-82.306 ; Cass. Crim., 19 octobre 2010, *Procureur général près la Cour d'appel de Poitiers c/ M. Boniffet*, n° D 10-85.051.



seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit dès le début de la garde à vue être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat ».

Enfin, dans l'arrêt *Procureur Général près la Cour d'appel de Poitiers contre Monsieur Boniffet*, s'agissant d'infraction à la législation sur les stupéfiants en récidive, Monsieur Boniffet n'a bénéficié de l'assistance d'un avocat qu'à l'issue de la 72^{ème} heure de garde à vue.

La Chambre Criminelle sanctionne là encore la violation de l'article 6 Conv.EDH, au motif que « *la restriction du droit d'être assisté dès le début de la garde à vue par un avocat imposé à Monsieur Boniffet, en application de l'article 706-88 du CPP ne répondait pas à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne pouvait découler de la seule nature de l'infraction ; en outre, il apparaît que le mis en examen s'est incriminé lui même à l'occasion de ses interrogatoires, réalisés pour l'essentiel avant l'intervention de son Conseil et en conséquences sans préparation avec celui-ci, ni information sur son droit de garder le silence ».*

Il a donc été privé d'un procès équitable.

Il est cependant regrettable que la Chambre Criminelle, à trois reprises, ait considéré que les règles qu'énonçaient ces arrêts ne pouvaient s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice.

La Chambre criminelle estime que ces règles nouvelles ne prendront donc effet que lors de l'entrée en vigueur de la loi devant modifier le régime juridique de la garde à vue et donc au plus tard le 1^{er} juillet 2011. Cette disposition, qui n'avait d'ailleurs été requise que par un seul des trois Avocats Généraux, apparaît très critiquable.

En effet, dans la mesure où la Chambre Criminelle a très clairement retenu la violation des dispositions de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, elle ne pouvait pas en écarter l'application.

Cette possibilité, qui est décrite par l'article 15, ne concerne que les cas de guerre ou d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation, et ce à condition d'en informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, ce qui ne semble pas avoir été le cas.

Surtout, l'article 46 stipule que « *la juridiction de la Cour est obligatoire de plein droit et sans convention spéciale sur toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention ».*

Il est intéressant d'évoquer en contrepoint la décision de la Cour Suprême du Royaume-Uni en date du 26 octobre 2010, *Cadder c/ Her Majesty's Advocate*, qui concerne la présence de l'avocat lors d'une garde à vue en Ecosse où un mis en cause peut être interrogé pendant six heures avant d'être assisté d'un avocat.

La Cour rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en la matière (notamment les arrêts *Salduz*, *Gafgen* et *Brusco*) et consacre à l'unanimité le droit à un avocat dès le début de la garde à vue,



Surtout, la question de l'application immédiate de la règle a été abordée par la Cour Suprême qui indique : « *il ne fait aucun doute que cette décision aura de profondes conséquences, mais il n'y a pas de place dans la situation à laquelle se trouve confrontée la Cour pour une décision qui favoriserait le statu quo simplement sur des bases d'opportunité. Il y a là une question de droit, à laquelle il faut faire face quelles qu'en soient les conséquences* ».

III - Force est de constater que telle n'est pas la voie retenue par le Gouvernement.

En effet, par une dépêche extravagante du 4 novembre 2010, intitulée « *application des dispositions du Code de Procédure Pénale relatives à la garde à vue* », la Directrice des Affaires criminelles et des grâces indique que, « *dans l'attente du vote et de l'entrée en vigueur de cette future loi, il importe de souligner qu'une application hétérogène des principes rappelés par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation créerait une rupture d'égalité entre les justiciables en terme d'application de la loi, norme par définition de portée générale. (...) Elle ne pourrait qu'être la source d'un profond sentiment d'injustice ressenti par les personnes gardées à vue qui, bien que placées dans des situations similaires, se verraient traiter différemment selon la juridiction saisie, voire au sein de la même juridiction.* »

La DACG demande aux Parquets, en conséquence, d'organiser des réunions afin de rappeler qu'il convenait d'appliquer strictement les dispositions toujours en vigueur du Code de Procédure Pénale relatives à la garde à vue !

Il eut peut être été aussi simple, pour éviter toute hétérogénéité, de demander aux Parquets de faire en sorte que dans tous les ressorts soient appliquées des dispositions de procédure pénale conformes à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, de la Chambre Criminelle de la Cour de cassation, et respectant la Constitution française. En l'état, il nous apparaît que les avocats sont bien fondés à soutenir d'ores et déjà devant les juridictions la nullité des procédures non conformes aux exigences conventionnelles.

En dernier lieu, il convient également de rappeler les termes de **l'arrêt Medvedyev de la Cour européenne des droits de l'homme prononcé le 29 mars 2010**, tout au moins dans ses considérants traitant de la garde à vue⁶. La Cour a en effet considéré que le magistrat du parquet ne rentrait pas dans le cadre défini par l'article 5§3 Conv. EDH⁷.

⁶ La CEDH a notamment rappelé « *qu'il faut protéger par un contrôle juridictionnel la personne arrêtée ou détenue parce que soupçonnée d'avoir commis une infraction. Un tel contrôle doit fournir des garanties effectives contre le risque de mauvais traitements, qui est à son maximum durant cette phase initiale de détention, et contre un abus par des agents de la force publique ou une autre autorité des pouvoirs qui leur sont conférés et qui doivent s'exercer à des fins étroitement limitées et en stricte conformité avec les procédures prescrites* » (point 120). Dans cette hypothèse, le contrôle juridictionnel doit répondre aux exigences suivantes : promptitude et caractère automatique du contrôle.

⁷ La Cour précise dans le point 124 de sa décision Medvedyev que « *le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention.* » A cet égard, elle précise que les juges d'instruction « *sont assurément susceptibles d'être qualifiés de « juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention* » (point 128).



IV - Le Parlement et le gouvernement doivent donc tirer toutes les conséquences de ces récentes décisions pour modifier en profondeur, sinon réécrire totalement, le projet de loi relatif à la garde à vue.

Ainsi :

- 1) Il faut **supprimer le régime dérogatoire de la garde à vue** (terrorisme, stupéfiants, criminalité organisée : art. 63-4 al. 7 CPP et art. 706-73 CPP) pour renforcer les droits de la défense pour les infractions les plus graves pour lesquelles l'assistance effective d'un avocat est d'autant plus nécessaire. Il convient d'avoir à l'esprit ce que déclare la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision *Salduz contre Turquie* à propos des infractions graves : « *c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques* » (point 54).
- 2) Il faut **préciser les conditions de mise en œuvre de la garde à vue.**
- 3) Il faut **garantir les droits de la personne suspectée dans le cadre des auditions hors garde à vue, prétendument libres.**
- 4) Il faut **prévoir une véritable assistance effective de l'avocat pendant la garde à vue et non sa simple présence.**
- 5) Il faut, dans la perspective d'un véritable *habeas corpus*, prévoir la nécessité de **saisir initialement un juge du siège qui décidera ou validera rapidement le placement en garde à vue.** Il contrôlera ensuite cette garde à vue et pourra **remettre en liberté la personne concernée** à tout moment.
- 6) Il faut **revoir le régime de la retenue douanière** déclarée inconstitutionnelle le 22 septembre 2010⁸.

Mais il faut aussi, à cet instant, rappeler que plusieurs points du projet de loi constituent cependant un progrès au regard des règles actuelles de la garde à vue : encadrement de cette mesure, reconnaissance des droits dont toute personne doit bénéficier pendant la garde à vue, rétablissement du droit au silence, présence (en principe) de l'avocat aux côtés de la personne gardée à vue pendant ses auditions, exigence que la garde à vue se déroule dans des conditions matérielles assurant le respect de la dignité de la personne, limitation du recours aux fouilles corporelles.

⁸ Cons. const. décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres*, (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-32-qpc/decision-n-2010-32-qpc-du-22-septembre-2010.49425.html>).



A) Supprimer le régime dérogatoire de la garde à vue.

Les arrêts de la Cour de cassation du 19 octobre 2010 et ceux de la CEDH ne peuvent conduire qu'à supprimer les régimes dérogatoires pour les aligner sur le régime de droit commun modifié. En l'état, la Chambre criminelle considère que pour être conforme à ces exigences les gardes à vue doivent être menées dans le respect des principes suivants :

- la restriction au droit, pour une personne gardée à vue, d'être assistée dès le début de la mesure par un avocat, en application de l'article 706-88 du code de procédure pénale instituant un régime spécial à certaines infractions, doit répondre à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne peut découler de la seule nature de l'infraction ;
- la personne gardée à vue doit être informée de son droit de garder le silence ;
- la personne gardée à vue doit bénéficier de l'assistance d'un avocat dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui ses interrogatoires, auxquels l'avocat doit pouvoir participer.

B) Garantir les droits de la personne pendant l'audition dite libre.

Le projet de loi prévoit une audition dite libre d'une personne suspectée. Son exposé des motifs avance que cette audition confère un « *caractère subsidiaire* » au placement en garde à vue.

- **Personnes visées.**

Sera soumise à l'audition libre « *la personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* » (art. 62-2).

La personne sera « *considérée comme s'étant rendue librement dans les locaux du service ou de l'unité de police judiciaire lorsqu'elle s'y est présentée spontanément ou à la suite d'une convocation des enquêteurs ou lorsque, ayant été appréhendée, elle a accepté expressément de suivre l'officier ou l'agent de police judiciaire* » (art. 62-4 III CPP).

- **La personne doit consentir à son audition.**

Ce consentement est recueilli « *après qu'elle a été informée par l'officier ou l'agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction dont elle est soupçonnée ainsi que des dispositions du II [de l'article 62-4 CPP]. Cette information et le consentement de la personne sont mentionnés dans le procès-verbal d'audition* » (art. 62-4 I al. 2 CPP). À chaque reprise de l'audition, son consentement est à nouveau recueilli et mentionné au procès verbal (art. 62-4 II CPP).

- **La personne peut mettre un terme à son audition à tout moment (art. 62-4 II CPP).**

Les insuffisances de l'audition libre sont criantes. Il s'agit, en réalité, d'une garde à vue sans droits, ouvrant la porte à toutes les pressions. Sa durée n'est pas définie. Elle se déroule sans entretien préalable avec un avocat, en dehors de sa présence, et risque de conduire de manière systématique à un placement en garde à vue. Le droit de garder le silence n'est pas prévu pour cette mesure.

Il est exclu que, sous couvert d'améliorations de la garde à vue, soit créée une période dérogatoire de non droit au cours de laquelle la personne mise en cause ne bénéficierait pas



des nouvelles garanties proposées par la loi, notamment l'assistance d'un avocat. Il sera rappelé que le projet du Comité Léger prévoyait la présence d'un avocat à la première heure de la retenue judiciaire et ne rendait possible cette mesure qu'en cas d'unique audition.

Si l'audition libre devait être maintenue pour les procédures n'entrant pas dans le cadre de la garde à vue, ce qui est concevable, il conviendrait de préciser sa durée maximale et de créer de véritables droits bénéficiant aux personnes concernées par cette mesure :

- préalablement à l'entretien avec un avocat, notification par un officier de police judiciaire des faits sur lesquels la personne mise en cause doit être auditionnée ;
- droit de s'entretenir avec un avocat au début de la mesure et préalablement à toute audition ;
- notification par un officier de police judiciaire du droit de garder le silence ;
- présence effective de l'avocat aux côtés de la personne pendant ses auditions.

C) Préciser les conditions du déclenchement et du contrôle de la garde à vue.

Dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a censuré le régime de droit commun de la garde à vue notamment au motif de la possibilité générale de placer une personne en garde à vue, sans que cette mesure soit réservée à des infractions présentant un certain degré de gravité (cons. 27). Cela signifie qu'il considère que toutes les infractions ne justifient pas un placement en garde à vue et une privation de liberté dans ce cadre.

Or les conditions du placement en garde à vue prévues par le projet de loi sont décevantes. Le projet de loi prévoit de limiter la garde à vue aux crimes et aux délits punis d'un emprisonnement. Cela n'entraînera pas une diminution significative du nombre de gardes à vue, puisque les délits non punis d'emprisonnement sont particulièrement rares.

Il en est de même s'agissant de la prolongation de la garde à vue au bout de 24 heures pour une même durée par le procureur de la République qui est limitée aux crimes et aux délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an, ce qui n'est pas particulièrement restrictif.

Sont placées en garde à vue les personnes « *soupçonnées* » (article 62-3 CPP), l'article 62-6 CPP précisant qu'une personne ne peut être placée en garde à vue que si la mesure garantissant le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs est « *l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants* :

- « 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ;
- « 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République aux fins de mettre ce magistrat en mesure d'apprécier la suite à donner à l'enquête ;
- « 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;
- « 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ;
- « 5° Empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;
- « 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser l'infraction. »

Ces objectifs sont particulièrement vagues et peu exigeants.



Le Conseil national, recherchant une cohérence avec la durée de la détention provisoire pour les délits et dans la perspective d'une réduction du nombre de gardes à vue, a proposé que la garde à vue ne soit possible « *que pour les crimes ou les délits punis d'au moins trois années d'emprisonnement* ».

Il a également proposé de modifier les conditions subjectives de la garde à vue en remplaçant la notion de « *personne soupçonnée* » par la notion de « *raisons sérieuses* » (art. 62-4 CPP). Ainsi, la garde à vue ne serait possible que contre une personne contre laquelle il existe « *une ou plusieurs raisons sérieuses de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre...* ». Cette nouvelle approche, au-delà de la sémantique, est de nature à modifier la pratique des enquêteurs.

Par ailleurs, et peut-être surtout, la décision du 29 mars 2010 de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (affaire *Medvedyev et autres c/ France*) rend désormais nécessaire l'intervention d'un magistrat du siège pendant la mesure de garde à vue. Ainsi, un juge du siège doit pouvoir intervenir à tout moment pendant la mesure pour permettre la remise en liberté de la personne retenue.

Il devrait même pouvoir autoriser la mesure, ou tout au moins la valider rapidement.

D) Une véritable assistance effective par l'avocat pendant la garde à vue.

Dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a relevé que la personne en garde à vue ne peut pas bénéficier de « *l'assistance effective d'un avocat* » pendant ses interrogatoires. Il s'agit d'une restriction générale des droits de la défense, « *sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes* ».

En outre, le juge constitutionnel observe que la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence (cons. 28). De manière positive, le projet de loi prévoit le rétablissement de ce droit (art. 63-1 II CPP).

La Cour de Cassation, dans l'arrêt *Sahraoui* du 19 octobre 2010, demande une assistance du prévenu « *dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer* ».

Pourtant, le projet de loi ne propose qu'une simple « *présence* » de l'avocat pendant la garde à vue car, contrairement aux exigences de la décision du Conseil constitutionnel (cons. 28), ce texte ne prévoit pas son « *assistance effective* », ni même l'assistance réclamée par la Chambre Criminelle, sans parler de la définition donnée par l'arrêt *Dayanan*.

Ainsi le projet de loi prévoit que l'avocat communique avec son client pour une durée qui ne peut excéder 30 minutes. Il pourra, à sa demande, consulter le procès-verbal de notification de placement de la personne en garde à vue et de notification de ses droits ainsi que les procès-verbaux d'audition déjà réalisés de son client, s'il en existe (art. 63-4-1 CPP). A la demande de son client, l'avocat pourra assister à ses auditions, dès le début de celles-ci (art. 63-4-2 CPP).



Cependant, le procureur de la République, à la demande de l'officier de police judiciaire, pourra autoriser ce dernier à « *différer la présence de l'avocat lors des auditions pendant une durée ne pouvant excéder douze heures lorsque cette mesure apparaît indispensable, en considération des circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes* » (art. 63-4-2 al. 2 CPP). L'autorisation du procureur de la République est désormais écrite et motivée.

Les mêmes motifs peuvent être avancés pour s'opposer à la consultation des procès verbaux d'auditions du client par l'avocat ou la différer à la 12^{ème} heure (art. 63-4-2 al. 3 CPP). Aucune procédure de recours effectif contre la décision du procureur, dont on considèrerait qu'elle viole les droits de la défense, n'est prévue contrairement aux exigences conventionnelles (art. 13 Conv. EDH).

Enfin, à l'issue du ou des entretiens avec le gardé à vue, ou à l'issue de la ou des auditions au cours desquelles il a été présent, l'avocat ne pourra présenter que des observations écrites qui seront alors jointes à la procédure (art. 63-4-3 CPP).

De telles dispositions portent clairement atteinte à la dignité de la profession.

Le Conseil national des barreaux demande que soit assuré à toutes les personnes placées en garde à vue **le droit à l'assistance effective d'un avocat**, conformément aux exigences constitutionnelles et internationales s'imposant à la France.

Le Conseil national des barreaux n'a cessé d'indiquer que le respect du principe de l'égalité des armes, le renforcement des droits de la défense et donc du contradictoire pendant toute l'enquête, dans le respect des règles du procès équitable, doivent caractériser la nouvelle procédure pénale.

L'avocat n'est pas l'ennemi de l'enquête ni des policiers. Il ne doit pas être craint ni faire l'objet de réactions méfiantes. Il ne doit pas être perçu comme un intrus, mais comme l'auxiliaire de justice qu'il est, dont la mission est de faire respecter les droits de son client et les garanties attachées à la défense.

Dans cette perspective, la notion d'**assistance effective** signifie que l'avocat doit avoir un rôle actif et dynamique pendant la garde à vue pour mettre en œuvre, comme le demande la Cour européenne des droits de l'homme, « *toute la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil* ». Cette idée peut prendre corps notamment dans les mesures suivantes :

- **L'accès libre au dossier de la procédure à tout moment.**

L'avocat doit pouvoir avoir accès à l'ensemble du dossier de la procédure et non aux seuls procès-verbaux de notification de placement de la personne en garde à vue et de notification de ses droits ainsi que des auditions déjà réalisés de son client. Faut-il rappeler que, à la 1^{ère} heure, les procès-verbaux d'audition n'existeront pas dans de nombreux cas ? C'est seulement ainsi qu'il pourra organiser la défense de son client et préparer avec lui les interrogatoires, exigence posée par l'arrêt *Sahraoui* du 19 octobre 2010.

- **Un rôle actif de l'avocat pendant les auditions de son client.**



Lors des interrogatoires et des confrontations, l'assistance effective d'un avocat doit se traduire par sa présence permanente et active aux cotés de son client, avec la possibilité de poser des questions ou d'intervenir oralement et par écrit dans le cours de la procédure. Il doit disposer de la possibilité de former des demandes d'actes auprès des enquêteurs, cette dernière possibilité n'étant pas prévue par le projet de loi.

- **L'impossibilité pour les officiers de police judiciaire en liaison avec le procureur de la République de s'opposer aux nouveaux droits de la défense.**

Le Conseil national souhaite que soient écartées les possibilités, pour l'officier de police judiciaire en liaison avec le procureur de la République, de faire obstacle aux droits nouveaux reconnus aux personnes gardées à vue et à leurs avocats, alors même qu'aucun appel (nécessairement en urgence) de la décision du parquet, pourtant partie à la procédure, n'est possible devant un juge du siège.

- **L'avocat peut s'entretenir, sans limite de temps, avec son client pendant toute la durée de la garde à vue.**

En l'état du texte, cette faculté n'est pas prévue par le projet de loi.

E) Il faut améliorer les conditions matérielles de la garde à vue. Il convient de s'inspirer des règles posées pour les locaux de rétention, à l'exclusion de la libre communication avec l'extérieur. Il est nécessaire de prévoir un local autonome permettant les entretiens et visites (avocats, médecins, autorités consulaires pour un étranger...).

F) Revoir le régime de la retenue douanière.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, a censuré la retenue douanière pour les mêmes motifs que ceux développés dans sa décision du 30 juillet 2010 portant sur le régime de droit commun de la garde à vue.

En l'état, un amendement n° 132 a été déposé par les membres du groupe Socialiste, apparentés et rattachés, dans le cadre de la discussion au Sénat de la proposition de loi relative à la simplification et à l'amélioration du droit. Cet amendement vise à modifier le 3 de l'article 323 du code des douanes afin de tenir compte de la décision précitée du Conseil constitutionnel. Si cet amendement n'était pas adopté ou si le régime juridique de la retenue douanière n'était pas modifié à l'occasion de la discussion de cette proposition de loi, le projet de loi relatif à la garde à vue devra intégrer une telle modification.



G) Le statut du témoin.

L'article 11 du projet de loi relatif à la garde à vue aménage les modalités d'audition des témoins, c'est-à-dire, en reprenant les termes de l'actuel article 62 al. 1 CCP, les « *personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis.* »

Le projet de loi prévoit de conserver le dernier alinéa de l'article 62 CPP qui dispose : « *les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition.* » Il est prévu de limiter cette période à une durée de quatre heures.

L'article 11 du projet de loi ajoute l'alinéa suivant à la suite de la disposition précitée : « *s'il apparaît, au cours de l'audition de la personne, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue. Son placement en garde à vue lui est alors notifié dans les conditions prévues par l'article 63 [CPP].* »

Il en résulte, d'une part, que le statut actuel du témoin est maintenu, tout en prévoyant une limitation de sa durée à quatre heures.

Mais, d'autre part, les éléments recueillis au cours de l'audition d'un témoin peuvent conduire à décider son placement en garde à vue. A cet égard, il convient de noter la différence entre l'audition libre, qui s'applique à une personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, et l'audition d'un témoin qui concerne la personne susceptibles de fournir des renseignements sur des faits et à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction. Elle sera cependant placée en garde à vue sans passage par l'audition libre lorsque ces mêmes raisons plausibles apparaîtront !

Le Conseil national, estime que toute personne, ce qui inclut bien évidemment les victimes, qui se présente ou est convoquée dans un service de police ou de gendarmerie doit pouvoir être accompagnée du conseil de son choix ou d'un conseil qui sera désigné.



Conclusion

Le projet de loi reste manifestement en-deçà des exigences exprimées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 ainsi que de celles posées par la Cour de Strasbourg et appelées par la Cour de cassation le 19 octobre 2010.

Le nouveau rôle de l'avocat impose évidemment une réforme d'ampleur de l'aide juridictionnelle. Du fait des nouvelles missions qui vont incomber aux avocats, un développement conséquent et rapide de celle-ci est désormais indispensable afin de permettre à tous les justiciables l'accès effectif aux droits de la défense.

La présence effective de l'avocat pendant la garde à vue cristallise les critiques déplacées, de certains syndicats de policiers. Il sera certainement nécessaire d'entamer rapidement un dialogue avec les services chargés des investigations, afin que cette nouvelle époque de notre procédure pénale débute dans la sérénité.

Le Conseil national des barreaux souhaite que le Parlement et le Gouvernement remédient aux insuffisances du projet de loi et assurent immédiatement à toutes les personnes retenues par les services de police ou de gendarmerie le droit à l'assistance effective d'un avocat, conformément aux exigences constitutionnelles et internationales s'imposant à la France.

Alain Mikowski

Président de la Commission Libertés et droits de l'homme

LISTE DES ANNEXES :

- Annexe unique : Résolution sur le projet de loi garde à vue adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des 19 et 20 novembre 2010



**Annexe unique – Résolution sur le projet de loi garde à vue adoptée à l'unanimité
par l'Assemblée générale des 19 et 20 novembre 2010**

RESOLUTION DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

**LE PROJET DE LOI RELATIF A LA GARDE A VUE DOIT ASSURER L'EFFECTIVITE DE
L'ASSISTANCE DE L'AVOCAT PENDANT LA GARDE A VUE
ET LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS NOUVEAUX**

Résolution adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des 19 et 20 novembre 2010

Le Conseil national des barreaux, représentant la profession d'avocat, connaissance prise du projet de loi relatif à la garde à vue déposé le 13 octobre 2010 sur le bureau de l'Assemblée nationale,

Prend acte des progrès de principe introduits par ce projet de loi au regard des règles actuelles de la garde à vue et plus particulièrement du rétablissement du droit au silence et de l'affirmation selon laquelle la mesure doit se dérouler dans des conditions matérielles assurant le respect de la dignité de la personne.

Constate cependant que les dispositions du projet de loi sont insuffisantes et n'assurent ni l'effectivité de l'assistance de l'avocat pendant la garde à vue, ni la mise en œuvre des droits nouveaux.

Demande que ce texte tienne compte des récentes évolutions jurisprudentielles que constituent les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme depuis maintenant deux années (Salduz) et les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 octobre 2010 déclarant les règles actuelles de la garde à vue contraires à la Convention européenne des droits de l'homme.

Rappelle la mise en œuvre par l'Union européenne de la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

Regrette que la Chancellerie refuse de prendre en compte la jurisprudence désormais constante, faisant ainsi perdurer des violations flagrantes de la Loi.

Invite, en conséquence, les avocats à déposer devant les juridictions compétentes toutes conclusions utiles visant à faire respecter les principes du Droit.

Demande également que le projet de loi soit profondément modifié pour

- Préciser les conditions de placement en garde à vue afin notamment d'en réduire considérablement le nombre.
- Garantir les droits de la personne suspectée dans le cadre des auditions hors garde à vue, prétendument libres, par la présence possible d'un avocat.
- Prévoir une véritable assistance effective de l'avocat pendant la garde à vue, et non sa simple présence, afin qu'il y tienne un rôle actif et dynamique pour mettre en œuvre, comme le demande la Cour européenne des droits de l'homme, « toute la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil », sans que cette intervention puisse être écartée par le Parquet.



- Créer un véritable *habeas corpus* par la saisine initiale d'un juge du siège qui décidera ou validera rapidement le placement en garde à vue, contrôlera cette mesure et pourra remettre en liberté la personne concernée à tout moment.
- Améliorer les conditions matérielles de la garde à vue.

Demande la suppression du régime dérogatoire de la garde à vue pour renforcer les droits de la défense s'agissant des infractions les plus graves pour lesquelles l'assistance effective d'un avocat est d'autant plus nécessaire ainsi que la modification du régime de la retenue douanière déclarée inconstitutionnelle le 22 septembre 2010.

Le Conseil national des barreaux souhaite que le Parlement et le Gouvernement remédient aux insuffisances du projet de loi et assurent immédiatement à toutes les personnes retenues ou entendues par les services de police ou de gendarmerie, y compris les victimes, le droit à l'assistance effective d'un avocat, conformément aux exigences constitutionnelles et internationales s'imposant à la France.

Le Conseil national des barreaux appelle les barreaux et les avocats à se mobiliser du 13 au 18 décembre 2010 et lors de la journée nationale d'action du 15 décembre.

Fait à Paris le 20 novembre 2010